

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

INKOM: 2024-06-17
MÅLNR: 3923-24
AKTBIL: 1

Översänds enbart per e-post till forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Malmö/Stockholm den 17 juni 2024

ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING

Sökande: Attendo Sverige AB, org.nr 556148-5169
Box 715, 182 17 Danderyd

Ombud: Advokat Catharina Piper och biträdande juristen Gustaf Strand
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö
Telefon: 0733-77 50 99, 073-474 71 62
E-post: catharina.piper@mollwenden.se, gustaf.strand@mollwenden.se

Advokaterna Helena Rosén Andersson och Kristoffer Sällfors
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703, 111 87 Stockholm
Telefon: 070-714 30 62, 070-714 31 48
E-post: helena.rosenandersson@vinge.se, kristoffer.sallfors@vinge.se

Motpart: Uppsala kommun, org.nr 212000-3005
Äldrenämnden
753 75 Uppsala
E-post: [uppsala.kommun@ uppsala.se](mailto: uppsala.kommun@ uppsala.se), [aldrenamnden@ uppsala.se](mailto: aldrenamnden@ uppsala.se)

Kontaktperson: Per Johansson
Telefon: 018-727 12 78
E-post: per.johansson@ uppsala.se

Saken: Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Upphandling: Uppsala kommuns upphandling *Drift av vård- och omsorgsboende Ferlin*, dnr ALN-2023-00583

VAD MÅLET HANDLAR OM

Uppsala kommun har valt att lägga ut driften av Ferlin vård- och omsorgsboende (äldreboende) på privata aktörer. Den här ansökan om överprövning handlar om förutsättningarna för en kommun att stänga ute kommersiella aktörer från offentliga upphandlingar.

Kommunen har reserverat upphandlingen av driften till idéburna organisationer. För att få delta i upphandlingen får en anbudsgivare därför inte vara kommersiell aktör. Attendo Sverige AB vill framhålla att bolaget uppskattar vad den idéburna sektorn bidrar med inom äldreomsorgen i Sverige, däribland ökad konkurrens till nytta för äldre vilket främjar utveckling och innovation, mångfald samt ökar valfrihet för enskilda. Uppsala kommuns upphandling står emellertid i strid med dessa värden, eftersom den minskar och skadar konkurrensen, hämmar utveckling och innovation samt begränsar mångfalden och valfriheten för enskilda.

I syfte att premiera kvalitet har kommunen valt att i förväg fastställa ersättningen för driften av vård- och omsorgsboendet och endast utvärdera inkomna anbud utifrån kvalitet. Uppdraget att driva vård- och omsorgsboendet kommer därför att tilldelas den idéburna organisation som offererar högst kvalitet. Resultatet av att kommunen har valt att stänga ute kommersiella aktörer från upphandlingen är att endast en anbudsgivare, en idéburen organisation, har uppfyllt de obligatoriska kraven för att få delta i upphandlingen. Kommunen har därmed, genom reservationen, begränsat möjligheterna att tilldela uppdraget till den aktör som skulle kunna tillhandahålla omsorg med högst kvalitet till de äldre som bor och ska bo på vård- och omsorgsboendet.

Vad gäller kvalitet vid utförandet av uppdraget vill bolaget också uppmärksamma att kommunen har valt att ställa betydligt *lägre* krav på anbudsgivarnas tidigare erfarenhet (i form av referenser) i upphandlingen än vad kommunen vanligtvis gör i liknande upphandlingar. Detta är ytterligare en omständighet som motverkar vad som borde vara syftet med denna typ av upphandling, att tilldela avtalet i upphandlingen till den aktör som kan tillhandahålla äldreomsorg av högsta möjliga kvalitet. Ytterst drabbar detta förstas vårdtagarna eftersom de inte kommer att erbjudas äldreomsorg av högsta möjliga kvalitet.

Upphandlande myndigheter har enligt lag långtgående skyldigheter att behandla alla anbudsgivare lika (likabehandlingsprincipen). Principen innefattar bland annat en skyldighet att ge alla potentiella anbudsgivare möjlighet att få vara med och konkurrera om offentliga uppdrag på lika villkor. Att stänga ute kommersiella aktörer från offentliga upphandlingar innebär en negativ särbehandling och ett frångående av likabehandlingsprincipen. I det enskilda fallet måste det således prövas om det finns sakliga skäl för att begränsa konkurrensen genom att frångå likabehandlingsprincipen. Det är vidare den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana skäl föreligger.

I upphandlingen föreligger inga sakliga skäl som kan motivera den negativa särbehandlingen av kommersiella aktörer och den negativa särbehandlingen är inte heller proportionerlig. Upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och därmed LOU och EU-rätten. Bolaget ansöker härav om överprövning av upphandlingen i syfte att värna om konkurrensen och motverka den otillåtna särbehandling som en sådan reserverad upphandling innebär.

Prövningen av om en negativ särbehandling av kommersiella aktörer är förenlig med likabehandlingsprincipen ska göras utifrån en unionsrättskonform tolkning med hänsyn till EU-rättens företrädare framför nationell lagstiftning. EU-domstolen har i ett antal avgöranden prövat förutsättningarna för att reservera vissa offentliga uppdrag till idéburen sektor. De mål som EU-domstolen har prövat har i huvudsak avsett frågan om nationell lagstiftning i Italien respektive Spanien har varit förenlig med EU-rätten. Förutsättningarna för vård- och omsorg i privat regi i dessa länder skiljer sig markant från svenska förhållanden. I dessa länder är lagstiftningen rörande olika sociala tjänster (sådana tjänster som anges

i bilaga 2 till LOU) baserad på en tradition om att vissa välfärdstjänster utförs av frivilligorganisationer inom ramen för bl.a. den katolska kyrkans verksamhet, vilket också kommer till uttryck i dessa länders lagstiftning. Som exempel kan nämnas att principen om medborgarnas frivilligarbete fastslås i den italienska konstitutionen och att frivilligorganisationer och andra ideella sammanslutningar som har till syfte att bidra till förverkligandet av organisationsmålen för det nationella hälso- och sjukvårdssystemet har en särskild roll i den italienska lagstiftningen. Det italienska välfärdssystemet präglas i betydande omfattning av frivilligorganisationers arbete och volontärverksamhet. I Sverige finns vissa liknande traditioner avseende bland annat soppkök, härbärgen för hemlösa (t.ex. stadsmissioner) och kvinnojourer som engagerar frivilliga på ideell basis.

I Sverige är äldreomsorg, som inte bedrivs i kommunal regi, föremål för konkurrensutsättning på en etablerad och välfungerande marknad. Svenska idéburna organisationer som bedriver verksamhet inom svensk äldreomsorg präglas dock inte av frivilligarbete. De är istället i hög grad affärsmässiga och professionaliserade. De har huvudsakligen avlönade medarbetare och konkurrerar i allt väsentligt i samtliga avseenden med kommersiella aktörer om offentliga avtal. Idéburna organisationer är oftare framgångsrika i offentliga upphandlingar och tilldelas fler avtal i förhållande till antalet inlämnade anbud än kommersiella aktörer.¹ Det finns därför inte något behov av att reservera offentliga upphandlingar i syfte att hjälpa idéburna aktörer in på marknaden. De omständigheter som EU-domstolen har prövat och lagt till grund för godkännande av reservation av offentliga upphandlingar till idéburen sektor i Italien och Spanien gör sig därför inte gällande inom svensk äldreomsorg.

Redan inför införandet av 19 kap. 25 a § LOU – en regel som går utöver LOU-direktivet – anmärkte både Konkurrensverket och Svenskt Näringsliv att regeln riskerar att strida mot EU-rätten.² Även Lagrådet ifrågasatte regelns förenlighet med EU-rätten.³ I finansutskottets betänkande framhölls också att bestämmelsen inte skulle användas för att exkludera redan etablerade och välfungerande vårdalternativ.⁴ Välfärdssystemen gällande bl.a. vård- och omsorgstjänster är vidare uppbyggda på liknande sätt inom de skandinaviska länderna och utgår från samma principer, vilka baseras på det bakomliggande LOU-direktivet. Lagstiftning rörande reserverade upphandlingar, liknande den svenska regleringen, har underkänts och kritiserats i våra grannländer. I norsk lagstiftning finns en möjlighet för upphandlande myndigheter att reservera deltagandet i offentliga upphandlingar för idéburna organisationer, vilken har prövats av EFTA-domstolen. Med hänvisning till EU-domstolens praxis konstaterade EFTA-domstolen att reserverad upphandling kan vara tillåten enligt LOU-direktivet om det faktiskt bidrar till att förverkliga en social målsättning och till att uppfylla mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet. Även i Danmark pågår en debatt huruvida det är ändamålsenligt att reservera deltagande i upphandlingar för idéburna organisationer. Kritik har bl.a. framställts av branschorganisationen Dansk Industri (motsvarande Svenskt Näringsliv) om att en sådan reservation inte är proportionerlig och begränsar konkurrensen. Sammanfattningsvis pågår det en aktiv och reell debatt såväl i Sverige som i våra nordiska grannländer om huruvida det är förenligt med EU-rätten att reservera deltagandet i upphandlingar för idéburna organisationer.

Det är mot den bakgrunden som förvaltningsrätten har att pröva denna ansökan om överprövning. Som bolaget redovisar ska upphandlingen göras om eftersom kommunen saknar sakliga skäl för att utestänga kommersiella aktörer från upphandlingen.

¹ Upphandlingsmyndighetens rapport 2020:4 Statistik om offentlig upphandling 2020, sid. 140 ff.

² Prop. 2021/22:135, sid. 34 f.

³ Prop. 2021/22:135, sid. 79 f.

⁴ Finansutskottets betänkande 2021/22:FiU28.

INNEHÅLL

I.	YRKANDE	5
II.	GRUNDER	5
III.	FÖRLÄNGD AVTALSSPÄRR	5
IV.	UTVECKLING AV TALAN	6
	Inledning och bakgrund	6
	Rättslig reglering m.m.....	8
	Regleringens bakgrund.....	8
	Reserverad upphandling.....	8
	Likabehandlingsprincipen	9
	Proportionalitetsprincipen	10
	Upphandlingen strider mot LOU	11
	Det strider mot likabehandlingsprincipen att reservera Upphandlingen för idéburna aktörer om det inte finns sakliga skäl för det enligt EU-rätten	11
	Det strider mot proportionalitetsprincipen att reservera Upphandlingen för idéburna organisationer	13
	Bolaget har lidit skada	14
	Upphandlingen ska göras om.....	15
V.	SAMMANFATTNING	15
VI.	MÅLETS FORTSATTA HANDLÄGGNING	16

I egenskap av ombud för Attendo Sverige AB ("**Bolaget**") får vi härmed ansöka om överprövning av Uppsala kommuns ("**Kommunen**") upphandling *Drift av vård- och omsorgsboende Ferlin*, dnr ALN-2023-00583 ("**Upphandlingen**"). Skriftlig fullmakt kan visas på begäran. Undertecknade ombud får be förvaltningsrätten skicka all kommunikation i målet till samtliga ombud.

I. YRKANDE

1. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Upphandlingen ska göras om.

II. GRUNDER

2. Det saknas stöd i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("**LOU**") för att reservera deltagandet i Upphandlingen till idéburna organisationer på det sätt som har gjorts i Upphandlingen. Det saknas dessutom sakliga skäl till att negativt särbehandla leverantörer som inte är idéburna. Upphandlingen strider därför bl.a. mot principerna om likabehandling och proportionalitet i 19 kap. 2 § LOU och artikel 76–77 i det bakomliggande direktivet 2014/24/EU ("**LOU-direktivet**"). Till följd av felet har Bolaget, som inte är en idéburen organisation enligt Upphandlingen, fråntagits möjligheten att tilldelas avtal i Upphandlingen. Upphandlingsfelet är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Förvaltningsrätten ska därför förordna att Upphandlingen ska göras om.

III. FÖRLÄNGD AVTALSSPÄRR

3. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut i Upphandlingen den 5 juni 2024 ("**Tilldelningsbeslutet**"), varvid avtal tilldelades den ideella föreningen Ersta Diakonisällskap ("**Ersta Diakoni**"), se Bilagorna S1–S2. Underrättelse om tilldelningsbeslut (bilaga S1) och upphandlingsrapport (bilaga S2) skickades ut onsdagen den 5 juni 2024. I tilldelningsbeslutet anges följande:

"Avtal kommer inte att tecknas före det att en avtalsspärr om 12 dagar har löpt ut. Det innebär att avtal kommer att tecknas tidigast 2024-06-18."

4. Den sista dagen att i rätt tid ansöka om överprövning är således måndagen den 17 juni 2024, varför ansökan om överprövning har inkommit i rätt tid och en förlängd avtalsspärr har inträtt.
5. Bolaget hemställer härav att förvaltningsrätten omedelbart upplyser Kommunen om att en ansökan om överprövning har lämnats in avseende Upphandlingen, att en förlängd avtalsspärr gäller under handläggningen i förvaltningsrätten och att avtal därför inte får ingås.

IV. UTVECKLING AV TALAN

Inledning och bakgrund

6. Kommunen har idag ett valfrihetssystem inom äldreomsorgen, men har beslutat att framöver upphandla driften av vård- och omsorgsboenden enligt LOU. Upphandlingen avser drift av vård- och omsorgsboendet Ferlin i Uppsala kommun. Ferlin vård- och omsorgsboende är ett boende för omsorgstagare som har ett stort och långvarigt behov av vård och omsorg. Omsorgstagare tilldelas plats på boendet efter biståndsbeslut av Kommunen.
7. Boendet består av fyra (4) våningsplan med totalt 70 lägenheter och är ett av de större särskilda boendena (vanligen kallat äldreboende eller vård- och omsorgsboende) i Uppsala. På boendet finns det fyra (4) avdelningar med inriktning mot socialpsykiatri, demens och omvårdnad. Det finns också sju (7) större lägenheter som ska användas till parboende. Sedan januari 2019 har Forenede Care AB ("**Forenede Care**") drivit verksamheten. Forenede Care övertog därigenom driften efter Vardaga Äldreomsorg AB. Kommunens avtal med Forenede Care löper ut den 7 januari 2025. Upphandlingen syftar till att tilldela uppdraget att driva vård- och omsorgsboendet efter det att befintligt avtal med Forenede Care löper ut.
8. Kommunens äldrenämnd ("**Äldrenämnden**") fattade den 19 oktober 2023 beslut om att genomföra kommande upphandling av driften av Ferlin vård- och omsorgsboende som en reserverad upphandling för idéburna organisationer. Detta då Äldrenämnden ville öka möjligheterna för idéburna organisationer att medverka inom Äldrenämndens intresseområde, se utdrag från Äldrenämndens protokoll, Bilaga S3.
9. Kommunen publicerade Upphandlingen avseende driften av vård- och omsorgsboendet Ferlin i slutet av mars 2024. Upphandlingen genomfördes i upphandlingsverktyget Mercell Tendsign. Upphandlingsdokument i relevant urval samt annonsen för Upphandlingen ("**Upphandlingsdokumentet**") bifogas som Bilaga S4.
10. Av Upphandlingsdokumentet, punkt 1.4, framgår att beslutet att reservera deltagandet i Upphandlingen har sin bakgrund i att Äldrenämnden "*vill öka möjligheterna för idéburna organisationer att medverka inom nämndens intresseområde*".
11. Av Upphandlingsdokumentet, punkt 2.1, framgår det att Upphandlingen genomförs som en reserverad upphandling enligt 19 kap LOU. Av samma punkt framgår det vidare att upphandlingen är reserverad för idéburna organisationer och andra organisationer utan vinstsyfte som uppfyller ett antal, i Upphandlingen utformade krav. Punktens exakta utformning, i relevant utdrag, anges nedan:

"Upphandlingen genomförs som en reserverad upphandling enligt kapitel 19 i lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Deltagandet i upphandlingen är reserverad för idéburna organisationer och andra organisationer utan vinstsyfte som uppfyller följande krav.

- Organisationens allmännyttiga syfte ska vara att bidra till att uppnå ändamålet med den tjänst som ska tillhandahållas,
- Organisationen får inte göra värdeöverföringar annat än till andra idéburna organisationer eller till forskning.
- Staten, en region eller en kommun får inte ha ett rättsligt bestämmande inflytande över organisationen. [...]"

12. I Upphandlingsdokumentet, punkt 3.6, anges att det för deltagande i Upphandlingen krävs att "Leverantören ska vara registrerad i Kammarkollegiets register över idéburna organisationer". För det fall en leverantör inte är registrerad som idéburen i Kammarkollegiets register ska leverantören "på annat sätt visa" att den uppfyller kraven avseende allmännyttigt syfte, värdeöverföring och avsaknaden av rättsligt bestämmande inflytande som citeras i punkt 11 ovan (se Upphandlingsdokumentet, punkt 3.6).
13. Avtalsperioden är fyra (4) år med option om förlängning i ytterligare tre (3) + tre (3) år, se Upphandlingsdokumentet, punkt 1.6. Den totala löptiden kan därmed uppgå till sammanlagt tio (10) år.
14. Upphandlingen är vidare en s.k. fastprisupphandling, dvs. den ersättning som leverantören kommer att erhålla för utförande av tjänsterna är redan fastställda av Kommunen. En enhetlig ersättning utgår med 1 872 kronor för belagd vårdplats per dygn avseende omvårdnads- och demensinriktning samt en ersättning 2 109 kronor för belagd vårdplats per dygn med inriktning mot socialpsykiatri, se Upphandlingsdokumentet, punkt 1.4. Då priset redan är fastställt av Kommunen har utvärderingen gjorts endast med beaktande av den kvalitet som anbudsgivarna erbjuder i sina anbud, se Upphandlingsdokumentet, punkt 1.4 och 5.2. Befintlig ersättning för driften av Ferlin vård- och omsorgsboende uppgår till 1 637 kronor för belagd vårdplats per dygn, oavsett inriktning. Den fastställda ersättningen som endast idéburna aktörer kan erhålla är därmed väsentligen högre än vad en kommersiell aktör erhåller idag.
15. Kommunen uppskattar Upphandlingens värde till 310 miljoner SEK, se annonsen för Upphandlingen (bilaga S4). Värdet av Upphandlingen överstiger därmed vida tröskelvärdet för sociala och andra särskilda tjänster (8 109 450 kronor) enligt 19 kap. 1 § 1 och 5 kap. 1 § LOU.
16. Av Tilldelningsbeslutet jämte utvärderingsrapporten framgår att den ideella föreningen Ersta Diakoni och aktiebolaget Norlandia Care AB lämnade anbud i Upphandlingen samt att avtal tilldelades Ersta Diakoni. Av utvärderingsrapporten framgår att Kommunen har bedömt att Norlandia Care AB inte uppfyller kravet på att anbudsgivaren ska vara en idéburen organisation och att Norlandia Care AB därför inte uppfyller kvalificeringskraven i Upphandlingen.

Rättslig reglering m.m.

Regleringens bakgrund

17. Upphandlingen avser drift av vård- och omsorgsboende, vilket är en social tjänst som är upptagen i bilaga 2 till LOU. Upphandlingen genomförs enligt 19 kap. LOU. Genom 19 kap. LOU har det särskilda systemet för sociala tjänster i artiklarna 74-77 i det bakomliggande LOU-direktivet genomförts i svensk rätt.
18. Syftet med det särskilda systemet för sociala tjänster i LOU-direktivet är att möjliggöra för de enskilda medlemsstaterna att bevara vissa kulturellt betydelsefulla verksamheter och organisationsformer (jfr skäl 114 till LOU-direktivet). Syftet har däremot inte varit att dessa möjligheter ska missbrukas.

Reserverad upphandling

19. I 19 kap. LOU finns det två bestämmelser som reglerar när upphandlingar får reserveras för idéburna organisationer.
20. Den ena bestämmelsen finns i 19 kap. 25 § LOU och reglerar när upphandlingar får reserveras för idéburna organisationer för en tid om högst tre år. Bestämmelsen genomför artikel 77 i det bakomliggande LOU-direktivet.
21. Den andra bestämmelsen finns i 19 kap. 25 a § LOU. Av den bestämmelsen framgår att en upphandlande myndighet får, för vissa i bestämmelsen angivna tjänster, reservera deltagandet i en upphandling för idéburna organisationer vars allmännyttiga syfte bidrar till att uppnå ändamålet med den tjänst som ska tillhandahållas. Bestämmelsen saknar stöd i det bakomliggande LOU-direktivet.
22. För att kunna delta i en reserverad upphandling enligt 19 kap. 25 a § LOU får den idéburna organisationen endast göra sådana värdeöverföringar som är tillåtna enligt 8 § första stycket lagen (2022:900) om registrering av idéburna organisationer ("**registreringslagen**"). Av 8 § första stycket registreringslagen framgår att en registrerad idéburen organisation inte får göra några värdeöverföringar annat än till andra registrerade idéburna organisationer eller forskning. Med värdeöverföring avses enligt 2 § registreringslagen en affärshändelse som medför att förmögenheten (i organisationen) minskar och som inte är av rent affärsmässig karaktär.
23. Begreppet *idéburen organisation* definieras i 2 § registreringslagen som en juridisk person som uteslutande har ett allmännyttigt syfte som är angivet i stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling. Med allmännyttigt syfte avses ett eller flera angivna ändamål, som enligt en utbredd uppfattning är värda att stödja, och som utgör grunden för och drivkraften i den verksamhet som bedrivs. Att generera vinst är inte ett allmännyttigt syfte. Det är emellertid inte uteslutet att organisationen kan gå med vinst, under förutsättning att det definierade syftet i organisationens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling är att

organisationens *syfte* är allmännyttigt och inte att generera vinst till sina ägare (prop. 2021/22:135 sid. 51).

Likabehandlingsprincipen

24. Av 19 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Den bestämmelsen genomför artikel 76 i LOU-direktivet och därmed den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen. Den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för sådan särbehandling (se t.ex. mål C-436/20 *ASADE*, punkt 87). Upphandlande myndigheter är således skyldiga att iaktta likabehandlingsprincipen när de genomför reserverade upphandlingar enligt 19 kap. LOU. Därtill är likabehandlingsprincipen ett utflöde av den grundläggande EU-rättsliga principen om förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och syftar till att ta tillvara konkurrensen inom EU. Genom likabehandlingsprincipen säkerställs att alla leverantörer behandlas lika, oavsett nationalitet.
25. Att exkludera leverantörer som inte är idéburna (bland annat till följd av att de är kommersiella) från en offentlig upphandling innebär en särbehandling av icke-idéburna leverantörer. Sådan särbehandling är tillåten om den genomförs enligt artikel 77 i LOU-direktivet (vilken alltså har genomförts i svensk rätt genom 19 kap. 25 § LOU) och om det i övrigt finns sakliga skäl för en sådan särbehandling. I avsaknad av sådana sakliga skäl strider den negativa särbehandlingen av leverantörer med vinstsyfte mot likabehandlingsprincipen i artikel 76 i LOU-direktivet (se *ASADE* punkt 87 med hänvisning till mål C-113/13 *Spezzino*, punkt 52 och mål C-50/14 *CASTA*, punkt 56, jfr också EFTA-domstolens avgörande i mål E-4/22 *Stendi*).
26. För att sakliga skäl enligt ovan ska föreligga, krävs det enligt EU-domstolens rättspraxis att den ersättning som betalas till idéburna organisationer endast ska täcka organisationens kostnader. För att det ska föreligga sakliga skäl för negativ särbehandling av kommersiella aktörer krävs därutöver att den upphandlande myndigheten kan visa att reservationen uppfyller följande.
 1. Verksamheten som de idéburna organisationerna bedriver ska bidra till att förverkliga en social målsättning.
 2. Verksamheten som de idéburna organisationerna bedriver ska bidra till att förverkliga mål gällande solidaritet och budgetmässig effektivitet.
27. Det framgår visserligen av förarbetena till bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU (som syftar till att möjliggöra en reservation av upphandlingar till idéburna organisationer *utöver* vad som följer av artikel 77 i LOU-direktivet) att det i det enskilda fallet måste föreligga sådana sakliga skäl som följer av EU-rätten för att en upphandlande myndighet ska få genomföra en reserverad upphandling med stöd av bestämmelsen (se prop. 2021/22:135 sid. 35–38). Eftersom bestämmelsen till sin ordalydelse inte innefattar sådana sakliga skäl, dvs. inte innehåller rekvisit om att upphandlingen får reserveras för idéburna organisationer endast i syfte att uppnå sociala

mål med tjänsten och i syfte att bidra till att förverkliga mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet, är 19 kap. 25 a § inte till sin ordalydelse förenlig med EU-rättens krav.

28. Oavsett hur det förhåller sig med 19 kap. 25 a § LOU så strider en upphandling mot likabehandlingsprincipen i 19 kap. 2 § LOU (som genomför artikel 76 i LOU-direktivet i svensk rätt) och mot artikel 76–77 i LOU-direktivet) om det inte finns sådana sakliga skäl som krävs enligt EU-rätten för att reservera en upphandling för idéburna organisationer, och för att därigenom utestänga leverantörer som inte är idéburna från en offentlig upphandling.

Proportionalitetsprincipen

29. Av 19 kap. 2 § LOU följer att en upphandling enligt 19 kap. LOU ska genomföras i enlighet med principen om proportionalitet. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav eller vidta mer ingripande åtgärder än vad som behövs, är rimligt och/eller vad som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven och åtgärderna ska vidare ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas (se t.ex. prop. 2006/07:128, sid. 132 och prop. 2009/10:180, sid. 91). Proportionalitetsprincipen är en grundläggande rättsstatlig princip enligt EU-rätten och svensk rätt.
30. EU-domstolen har i mål C-234/03 *Contse* slagit fast att en proportionalitetsbedömning i tre (3) steg ska göras för att avgöra huruvida ett obligatoriskt krav, villkor, kriterium eller åtgärd är ändamålsenlig, proportionerlig och i enlighet med principen om proportionalitet. De tre stegen i denna proportionalitetsbedömning framgår nedan.
1. Kravet eller åtgärden ska vara en lämplig åtgärd för att nå det eftersträvade syftet. Prövningen i detta steg innefattar också en bedömning huruvida det finns ett objektivt godtagbart syfte med det aktuella kravet/kriteriet/villkoret.
 2. Kravet eller åtgärden ska vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Prövningen i detta steg innefattar också en bedömning huruvida det finns mindre ingripande alternativ för att uppnå det eftersträvade syftet.
 3. De negativa effekter som kravet eller åtgärden får på de intressen eller de rättigheter som inskränks får inte vara överdrivna eller oproportionerliga i förhållande till det eftersträvar syftet.

Upphandlingen strider mot LOU

Det strider mot likabehandlingsprincipen att reservera Upphandlingen för idéburna aktörer om det inte finns sakliga skäl för det enligt EU-rätten

31. Upphandlingen genomförs enligt 19 kap. LOU. Kommunen har emellertid inte angett vilken, om någon, bestämmelse 19 kap. (25 § eller 25 a §) som Kommunen grundar sin reservation av Upphandlingen till idéburna aktörer på.
32. Under genomförandet av Upphandlingen ställdes flera frågor till Kommunen i Upphandlingens funktion för frågor och svar ("**Frågor & svar**"), se Bilaga S5. Det har i Frågor & svar bland annat påtalats att de svenska reglerna att reservera upphandlingar till idéburna organisationer, samt den reservation som har gjorts i detta avseende i Upphandlingen, inte är förenlig med EU-rätten, se fråga 6, 15 och 21 i Frågor & svar. Kommunen har endast svarat i Frågor & svar att genomförandet av reserverade upphandlingar "*följer svensk lagstiftning och bedöms av kommunen som förenligt med gällande regelverk. Kommunen avser därmed att fullfölja den pågående upphandlingen som en reserverad upphandling enligt det beslut som fattats av äldrenämnden.*"
33. Eftersom avtalet i Upphandlingen kan löpa i upp till tio (10) år genomförs Upphandlingen inte med stöd av 19 kap. 25 § LOU. Detta då den bestämmelsen endast reglerar upphandlingar som reserveras för högst tre (3) år.
34. Om upphandlingen genomförs med stöd i 19 kap. 25 a § LOU så kan det konstateras att det i förarbetena till den bestämmelsen förutsätts att det finns sakliga skäl för reservationen enligt EU-domstolens rättspraxis. Som har redovisats ovan i punkt 27 säkerställs det inte genom ordalydelsen i 19 kap. 25 a § LOU, att sådana sakliga skäl ska föreligga i det enskilda fallet.
35. Som har redovisats ovan under punkt 24–28 följer det av likabehandlingsprincipen i 19 kap. 2 § LOU, som genomför den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen i artikel 76 i LOU-direktivet, att det – utöver vad som följer av artikel 77 i LOU-direktivet (motsvarande 19 kap. 25 § LOU) – ska finnas sakliga skäl enligt EU-rätten för att reservera en upphandling för idéburna organisationer och därigenom utestänga kommersiella aktörer från att delta i en upphandling. Det innebär att oavsett om bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU innefattar krav på sakliga skäl enligt EU-rätten för att reservera en upphandling för idéburna organisationer så kräver 19 kap. 2 § LOU och artikel 76 i LOU-direktivet att sådana sakliga skäl föreligger. En upphandling får därför endast reserveras med stöd av 19 kap. 25 a § LOU om det är förenligt med likabehandlingsprincipen i 19 kap. 2 § LOU och artikel 76 i LOU-direktivet, dvs. om det finns sakliga skäl enligt EU-domstolens rättspraxis för att negativt särbehandla kommersiella aktörer. Eftersom artikel 76 i LOU-direktivet har direkt effekt så har likabehandlingsprincipen företräde framför 19 kap. 25 a § LOU. Detsamma gäller beträffande artikel 77 i LOU-direktivet, som reglerar situationer under vilka en upphandling får reserveras för idéburna organisationer.

36. För att reservera upphandlingar för idéburna organisationer har EU-domstolen krävt sakliga skäl, i form av att reservationen faktiskt bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och till att uppfylla mål gällande solidaritet och budgetmässig effektivitet (se punkt 26–27 ovan).
37. En värdering av förekomsten av sakliga skäl för att reservera deltagandet i en upphandling för idéburna organisationer måste göras i varje enskilt fall och det är Kommunen som har bevisbördan för att sådana skäl föreligger (jfr t.ex. prop. 2021/22:135, sid. 50 samt *Spezzino* och *CASTA*). Kommunen har i Upphandlingen inte ens påstått, än mindre visat, att det finns sakliga skäl för att reservera deltagandet i Upphandlingen för idéburna organisationer.
38. För det första kan det konstateras att Kommunens uttalade syfte med att reservera deltagandet i Upphandlingen för idéburna organisationer, att "*öka möjligheterna för idéburna organisationer att medverka inom nämndens intresseområde*", se punkt 10 ovan, inte utgör något sakligt skäl för att avvika från likabehandlingsprincipen. I stället för att utforma Upphandlingen med beaktande av de krav som följer av EU-rätten och praxis, har Kommunen således tydliggjort att Kommunen har helt andra syften med att reservera Upphandlingen, dvs. att utestänga kommersiella aktörer. Följden av att en kommersiell aktör inte får delta i Upphandlingen blir att Kommunens äldre inte kommer att få ta del av den kvalitet och de mervärden som en kommersiell aktör kan erbjuda.
39. För det andra kan det konstateras att Kommunen inte har angett på vilket sätt reservationen faktiskt bidrar till att uppnå sociala mål med tjänsten och mål avseende solidaritet. Reservationen tycks snarare bero på Kommunens missuppfattning om att LOU ger upphandlande myndigheter en befogenhet att välja att leverantörer av sådana tjänster som Upphandlingen avser av princip inte ska få ha vinstsyfte, så länge myndigheten inkluderar ett obligatoriskt krav om detta enligt punkt 11 ovan. Detta är en felaktig slutsats från Kommunens sida.
40. För det tredje kan det konstateras att Kommunen inte i Upphandlingen har angett hur eller på vilket sätt reservationen bidrar till budgetmässig effektivitet för Kommunen. Som Bolaget har påtalat i punkt 14 ovan har Kommunen dessutom valt en utvärderingsmodell som inte innefattar pris. Kommunen har i stället på förhand fastställt den ekonomiska ersättning som leverantören ska erhålla vid utförande av de tjänster som Upphandlingen avser. Ersättningen är väsentligen högre än vad nuvarande utförare erhåller och därmed också högre än vad som krävs för att vara kostnadstäckande. Genom att fastställa priset i förväg har Kommunen tagit bort ett konkurrensmedel (pris) och därmed begränsat möjligheterna till konkurrens i Upphandlingen. Denna begränsning påverkar naturligtvis förutsättningarna för Kommunen att erhålla någon form av *budgetmässig effektivitet* genom Upphandlingen. Detta då det inte är möjligt för någon aktör, varken idéburen eller kommersiell, att inkomma med anbud där kravställd (eller högre) kvalitet erbjuds men till *lägre* pris.

41. Eftersom kostnaderna i Upphandlingen är desamma oavsett om en idéburen eller en icke idéburen organisation (t.ex. en kommersiell aktör) skulle utföra tjänsterna som omfattas av avtalet åstadkommer Kommunen redan av det skälet inte någon budgetmässig effektivitet genom att reservera Upphandlingen för idéburna organisationer. Att en idéburen organisation återinvesterar eventuella vinster i verksamheten är inte heller detsamma som att verksamheten bedrivs kostnadseffektivt på ett sätt som leder till budgetmässig effektivitet. Under alla omständigheter leder öppen konkurrens i högre grad till högre budgetmässig effektivitet än begränsad konkurrens. Detta bekräftas också av resultatet i Upphandlingen, i vilken endast ett (1) anbud har utvärderats. Vid liknande upphandlingar där deltagandet inte reserverats brukar det föreligga faktisk konkurrens, exempelvis inkom det fyra anbud vid föregående upphandling av driften av Ferlin vård- och omsorgsboende. Utestängandet av kommersiella aktörer har således helt uppenbart begränsat konkurrensen och minskat Upphandlingens budgetmässiga effektivitet. Med hänsyn till Upphandlingens värde bör också den gränsöverskridande dimensionen beaktas (jfr *ASADE, punkt 75*).
42. Sammanfattningsvis kan det således konstateras att Upphandlingen inte har stöd i vare sig 19 kap. 25 § eller 19 kap. 25 a § LOU, i vart fall inte i förarbetena till sistnämnda paragraf eller i EU-domstolens praxis. Det saknas dessutom sakliga skäl för att reservera Upphandlingen för idéburna organisationer och att utestänga kommersiella aktörer, då detta strider mot likabehandlingsprincipen i 19 kap. 2 § LOU och artikel 76 och 77 i LOU-direktivet.
- Det strider mot proportionalitetsprincipen att reservera Upphandlingen för idéburna organisationer
43. Det är inte proportionerligt att reservera Upphandlingen för idéburna organisationer.
44. I Upphandlingsdokumentet, punkt 1.4, framgår det att Kommunen sedan år 2016 har särskild fokus på kvalitet till en fastställd kostnad, vid upphandling av särskilt boende. Upphandlingen är därför utformad som en fastprisupphandling, där den anbudsgivare som erbjuder bäst kvalitet ska antas. Med hänsyn till denna målsättning är det inte förenligt med principen om proportionalitet att reservera deltagandet i Upphandlingen till idéburna organisationer. Reservationen är inte heller en lämplig eller effektiv åtgärd för att uppnå hög kvalitet, eftersom konkurrensen begränsas när färre leverantörer kan delta i Upphandlingen. Att konkurrensen begränsas innebär att kommunens möjligheter att tilldela avtalet till den leverantör som kan tillhandahålla högst kvalitet minskar. Detta tydliggörs genom att endast ett (1) anbud har utvärderats i Upphandlingen. Anbud inkom också från Norlandia Care AB, men Kommunen har, med en summarisk hänvisning till att bolaget inte uppfyller krav på att vara en idéburen organisation, beslutat att inte utvärdera bolagets anbud. Kommunen har därmed, till följd av reservationen, inte möjliggjort konkurrens och har därför inte någon aning om Kommunen faktiskt har erhållit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

45. Reservationen till idéburna organisationer är heller inte en nödvändig åtgärd. Detta då det finns kommersiella aktörer, som Bolaget, som också kan sköta driften av vård- och omsorgsboenden med mycket hög kvalitet. Att endast vända sig till den idéburna sektorn har därmed inte varit den minst ingripande åtgärden som Kommunen har haft för att uppnå det förmodade syftet med Upphandlingen, dvs. att tilldela avtalet till en leverantör som kan driva boendet med hög kvalitet. Reservationen syftar inte heller till att uppnå något av rättsordningen beaktansvärt intresse. De negativa effekter som reservationen kan få för Bolaget och de äldre som ska bo på vård- och omsorgsboendet Ferlin är därför inte proportionerligt.
46. Sammanfattningsvis kan det konstateras att det inte föreligger några objektiva, sakliga eller rimliga skäl som motiverar att kommersiella aktörer negativt särbehandlas genom att utestängas från att delta i Upphandlingen. Därtill går en sådan negativ särbehandling utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ändamålet och strider därför även mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget har lidit skada

47. Bolaget är verksamt inom den svenska vård- och omsorgssektorn och tillhandahåller tjänster avseende drift av vård- och omsorgsboenden. Bolaget är inte en idéburen organisation, och är därför inte registrerat som idéburen organisation hos Kammarkollegiet. Bolaget uppfyller inte heller övriga krav för att anses vara en idéburen organisation, enligt Upphandlingsdokumentet punkt 3.6, för att delta i Upphandlingen och saknar därmed möjlighet att tilldelas avtal i Upphandlingen.
48. Genom reservationen av Upphandlingen till idéburna organisationer har Bolaget berövats möjligheten att tilldelas avtal i Upphandlingen. Det är skälet till att Bolaget inte har lämnat anbud i Upphandlingen. Om Upphandlingen i stället hade varit öppen även för leverantörer som inte är idéburna hade Bolaget kunnat delta och lämna anbud. Det kan också antas att Bolaget hade kunnat erhålla höga poäng vid utvärderingen då Bolaget driver vård- och omsorgsboenden med mycket hög kvalitet. Eftersom Upphandlingen är en fastprisupphandling, där endast kvalitet beaktas vid utvärderingen, hade Bolaget haft mycket goda möjligheter att antas som leverantör och tilldelas avtal i Upphandlingen. Det kan också noteras att Ersta Diakoni erhöll låga poäng efter genomförd utvärdering av kvalitet.
49. Bolaget lider och riskerar att lida skada som en direkt följd av Kommunens utformning av kraven i Upphandlingen, där deltagandet har reserverats för idéburna organisationer. Bolaget har direkt förhindrats att delta i Upphandlingen, vilket är konkurrensbegränsande och i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet i 19 kap. 2 § LOU och följaktligen också artikel 76–77 i LOU-direktivet samt praxis från EU-domstolen.
50. Bolaget, och flertalet andra aktörer, har varit i kontakt med Kommunen inför annonsering samt under Upphandlingen och ställt frågor samt lämnat synpunkter under Upphandlingen, gällande Kommunens beslut att reservera deltagandet i Upphandlingen för idéburna organisationer. Det

har då framhållits att denna typ av reservation inte är förenlig med de grundläggande principerna i LOU och inte heller är förenlig med EU-rätten.

Upphandlingen ska göras om

51. Eftersom Kommunen i Upphandlingen har agerat i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet i 19 kap. 2 § LOU samt artikel 76-77 i LOU-direktivet samt praxis från EU-domstolen finns det anledning för förvaltningsrätten att ingripa i Upphandlingen. Upphandlingsfelen är hänförliga till Upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten behöver därför besluta att Upphandlingen ska göras om. En ny upphandling ska genomföras utan att reservera den för idéburna organisationer.

V. SAMMANFATTNING

52. Den rättsliga regleringen gällande offentlig upphandling baseras på principerna om fri rörlighet och fri konkurrens med beaktande av principerna om bl.a. likabehandling och proportionalitet. Utgångspunkten vid offentlig upphandling är att samtliga leverantörer ska ges samma möjligheter att lämna anbud i upphandlingar och kunna konkurrera på lika villkor om offentliga avtal.
53. Genom att reservera Upphandlingen till idéburna organisationer har kommersiella aktörer frångått möjligheten att tilldelas avtal. Upphandlingen innebär därför en negativ särbehandling av kommersiella aktörer. För att en sådan negativ särbehandling ska vara tillåten enligt LOU-direktivets bestämmelser om reserverade upphandlingar måste vissa krav vara uppfyllda, däribland krav rörande de idéburna aktörernas organisationsform, syftet med upphandlingen och avtalets längd m.m. Dessa krav är inte uppfyllda i Upphandlingen. Därtill har EU-domstolen i ett antal avgöranden bedömt att det måste finnas särskilda skäl för att den negativa särbehandling av kommersiella aktörer som en reserverad upphandling innebär ska vara förenlig med likabehandlingsprincipen. Sådana skäl förutsätter att reservationen faktiskt bidrar till att uppnå eller förverkliga en social målsättning, mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet. Dessa krav på sakliga skäl är inte uppfyllda i Upphandlingen. Det strider därför mot likabehandlingsprincipen att reservera Upphandlingen till idéburna organisationer på det sätt som Kommunen har gjort.
54. Det är dessutom Kommunen som har bevisbördan för att det föreligger sakliga skäl för negativ särbehandling av kommersiella aktörer i Upphandlingen. Kommunen har inte ens påstått, än mindre visat, att sådana sakliga skäl föreligger. Kommunen har istället tydligt angett att reservationen av Upphandlingen till idéburna organisationer syftar till att öka möjligheterna för sådana organisationer att medverka inom Äldrenämndens intresseområde, dvs. till att utestänga kommersiella aktörer. Kommunens motiv till reservationen utgör inte sådana sakliga skäl som krävs för att reservation ska vara tillåten enligt LOU eller artikel 76–77 i LOU-direktivet.

55. Vidare strider Upphandlingen mot proportionalitetsprincipen, eftersom utestängandet av kommersiella aktörer varken är ett lämpligt, nödvändigt eller proportionerligt krav för att uppnå Kommunens syfte med reservationen.
56. Bolaget lider skada som en direkt följd av Kommunens reservation. Felen är hänförliga till Upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det föreligger därför skäl för förvaltningsrätten att förordna om att Upphandlingen ska göras om.

VI. MÅLETS FORTSATTA HANDLÄGGNING

57. Bolaget hemställer om att få tillfälle att yttra sig över Kommunens bemötande av denna ansökan om överprövning och att vid behov få tillfälle att justera och utveckla grunder samt åberopa bevisning.

Som ovan



Catharina Piper



Helena Rosén Andersson



Kristoffer Sällfors



Gustaf Strand

Bilagor (1–5):

- S1. Tilldelningsbeslutet
- S2. Utvärderingsprotokollet
- S3. Äldrenämndens protokoll+
- S4. Upphandlingsdokument
- S5. Frågor & svar